Die Haftung des Geschäftsherrn gegenüber Dritten nach römischem und nach heutigem bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt

von

Colmar Bauer
Referendar

Breslau
Druck von H. Fleischmann
1912

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Meiner Mutter

und dem Andenken meines Vaters

in Dankbarkeit.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite.

§ 1. Einleitung: Das Verhältnis der römisch-rechtlichen Grundsätze über Vertretung zu den modernrechtlichen 11

Die Haftung des Geschäftsherrn mit der actio institoria.

I. Nach römischem Recht.

§ 2. Die Grundlagen der Haftung 14
§ 3. Die Haftung selbst 18

II. Nach dem B. G. B.

§ 4. Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung als Ersatz der actio institoria 22
§ 5. Die Haftung bei unmittelbarer Vertretung 23
§ 6. Die Haftung bei mittelbarer Vertretung 33
§ 7. Schluss 38

Literatur-Verzeichnis.

Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 30, 1888.

Baron, die adjektizischen Klagen, in Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozess, Berlin 1882.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, in der Giessener Festgabe für Dernburg, Berlin 1900.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1879.

Brünell, Gehören die actiones quod iussu, institoria und exercitoria noch dem heutigen Recht an, Diss. Erlangen 1898.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung, Rostock 1852.

v. Canstein, Ueber Stellvertretung mit besonderer Rücksicht auf das Handelsrecht, in Busch's Archiv für deutsches Handelsrecht, Bd. 21.

Cujacius, Observationes, 1618.

Dernburg, Pandekten, Berlin 1903.

— Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des deutschen Reiches und Preussens, Berlin 1906.

Eccius, Die Lehre von der Vollmacht nach dem B.G.B. in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 47.

Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B., Berlin 1903, Bd. I.

Elsässer, Ueber die institorische Klage, Diss. Tübingen 1875.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Marburg 1908, Bd. 1.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 11, 22.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1907.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, Berlin 1908.

Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882.

Hellwig, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Bd. 29.

Höldes, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 78.

Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.
Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 2.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. für das deutsche Reich, in Fischers Abhandlungen, Jena 1900, Bd 6.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877.
Kleineidam, Die Haftung des Geschäftsherrn mit der actio institoria und exercitoria nach römischem Recht, Diss. Breslau 1895.
Klingmüller, Die Lehre von den naturalen Verbindlichkeiten, Berlin 1905.
Kritz, das Pandektenrecht, Meissen 1835, Bd. 1.
Kuhlenbeck, Handkommentar zum B.G.B, Berlin 1903, Bd. 1.
Laband, Die Lehre von der Stellvertretung, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10.
Landsberg, Das Recht des B.G.B., Berlin 1904, 1. Hälfte.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 36.
Leonhard, Institutionen des römischen Rechts, Leipzig 1894.
— Der allgemeine Teil des B.G.B. in seinem Einfluss auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, Berlin 1900.
Mandry, in kritischer Vierteljahrsschrift, Bd. 14.
Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885.
Mommsen, Zur Lehre von der rechtlichen Natur und der Erteilung der nach §§ 167, 171, 172 B.G.B. begründeten Vertretungsmacht, Diss. Greifswald 1899.
Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich, 1888, Bd. I, II und IV.
Müller, Zur Reform der herrschenden Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, in der deutschen Juristenzeitung, 1906.
Müller-Erzbach, Die Grundsätze über mittelbare Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, München 1904, Bd. I.
Neumann, Handausgabe des B.G.G., Berlin 1903, Bd. 1.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Pernice, Labeo, Halle 1873, Bd. I.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1893, Bd. I.
Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893, Bd. I.
Richter, Der Rückgabeanspruch des Vermieters gegen den Untermieter, Diss. Breslau 1911.
Ruhstrat, Ueber Savignys Lehre von der Stellvertretung, Oldenburg 1854.
Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im B.G.B., im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 93.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Bd. II.

Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung, Leipzig 1900, Teil I und II,

— Das Kontrahieren mit offener Vollmacht, in der Kieler Festschrift für Jhering, Kiel und Leipzig 1892.

Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts, Göttingen 1861.

Seuffert's, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 1904, Bd. 59.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B., München 1907.

Thöl, Das Handelsrecht, Leipzig 1875.

Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Bd. 2.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a M. 1906.

Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, Strassburg 1876

Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts bis Justinian, Heidelberg 1826.

§ 1.

Einleitung: Das Verhältnis der römisch-rechtlichen Grundsätze über Vertretung zu den modernrechtlichen.

Eine unmittelbare Stellvertretung, d. h. die Möglichkeit eines Geschäftsabschlusses im Namen eines Dritten, des Geschäftsherrn, war auf dem Gebiet des Obligationenrechts dem älteren römischen Recht durchaus fremd. Sklaven und Hauskinder, deren Erwerb ja unmittelbar an den Gewalthaber fiel, reichten regelmässig zur Besorgung der Verkehrsgeschäfte des altrömischen Hauses aus. Ausserdem liess die Natur eines jeden Schuldverhältnisses, als eines iuris vinculum, den Eintritt einer Wirkung des Rechtsgeschäftes in einer dritten Person nicht zu, und schliesslich galt es auch als eines freien Bürgers nicht für würdig, sich in seinen Rechtsgeschäften, die ja noch alle in strengen Formen vor sich gingen, der Dienste eines anderen zu bedienen[1]).

Im Laufe der Zeit erwies sich aber dies Prinzip, das den einfachen Zuständen zu Beginn der römischen Rechtsentwicklung wohl genügt, und das den sozialen Verhältnissen Roms mit ihrer Sklaverei und der Hausuntertänigkeit entsprochen hatte, als eine den Bedürfnissen des gesteigerten Verkehrs äusserst lästige Fessel. Es wurde daher im Laufe der Entwicklung in mancher Weise modifiziert, umgangen, eingeschränkt; durch die unmittelbare

[1]) Dernburg, Pandekten, Bd I § 118. Windscheid, Pandekten, Bd. I § 73. Ruhstrat, Ueber Savignys Lehre von der Stellvertretung, S. 14, 29.

Stellvertretung ersetzt aber wurde es im römischen Recht auch in seinem Abschluss durch die justinianische Kompilation nicht [1]).

Der von Hellmann [2]) gemachte Versuch, die Unrichtigkeit der oben geschilderten herrschenden Meinung zu erweisen durch die Annahme einer unmittelbaren Stellvertretung und einer damit dem Dritten gegenüber eintretenden Haftung, darf wohl als nicht geglückt gelten; denn abgesehen davon, dass die von ihm angeführten Stellen überhaupt nicht in ihrer Gesamtheit von unmittelbarer Stellvertretung handeln, so ist durch sie eben nur das Vorhandensein gewisser Modifikationen, nicht aber die Unrichtigkeit der herrschenden Ansicht bewiesen [3]).

Immerhin bedeutete es aber schon einen gewaltigen Schritt in dem Bestreben nach vorn, den Dritten dem Vertretenen gegenüber zu schützen, indem wenigstens bei den durch den Prätor eingeführten actiones adiecticiae qualitatis der Vertretene als Korrealschuldner neben den Vertreter trat. In gewissem Masse wurde also auch schon auf dieser Stufe der Entwicklung der Dritte gegenüber dem Vertretenen geschützt.

Als das derart modifizierte Prinzip auch in dieser Gestalt dem Verkehr nicht mehr genügte, gelangte das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung in immer weiterem Umfange zur Anerkennung. Zwar erstreckte sich die Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland auch auf dieses Gebiet, aber die römischen Sätze wurden durch das deutsche Recht umgestaltet und allmählich ganz im Sinne unmittelbarer Stellvertretung interpretiert [4]).

Schon im 13. Jahrhundert wird in Deutschland eine Stellvertretung beim Abschluss von Rechtsgeschäften anerkannt, die ihre Wirkung nur in dem Vertretenen äussert, wenn der Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Voll-

---

[1]) Ruhstrat, a a O

[2]) Hellmann, Stellvertretung, S. 40 ff.

[3]) Ruhstrat, a. a. O

[4]) Dernburg, die allgem. Lehren d. bürg Rechts § 160.

macht handelt. Deutschrechtliche Gedanken gelangen sodann hauptsächlich durch die Schule der Praktiker zur Geltung. „Sie betonen scharf, dass der Institor, welcher Namens des Prinzipals kontrahiere, nur solange er im Amte fungiert, belangt werden könne. Aus ihren Erörterungen geht hervor, dass die Präpositionsmässigkeit des Geschäftes allein nicht genügt, um den Herrn zu verpflichten, der Institor muss vielmehr, um diese Wirkung hervorzurufen, in dessen Namen kontrahieren. Wird auf den Herrn kein Bezug genommen, so ist der Institor allein verhaftet“ [1]).

Auch im kanonischen Recht trat das Bestreben, dem neuartigen Institut Eingang zu verschaffen, lebhaft hervor: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum (reg. 68, 72 in VIto 5. 12) [2]).

Dieser Prozess fand bereits im gemeinen Recht einen gewissen Abschluss: Handelte der Vertreter im eigenen Namen, so haftete er allein, gleichgiltig ob er auf seinen Herrn Bezug genommen hatte oder nicht; handelte er im Namen des Herrn, so haftete nur dieser [3]).

Im B.G.B. gelangt diese unmittelbare Stellvertretung zu gesetzlicher Anerkennung, indem sie hier ausdrücklich geregelt wird. Ist hier der Vertreter auf irgend welche Weise von dem Vertretenen zum Handeln bevollmächtigt worden, und handelt er in dessen Namen, so tritt die Wirkung der Vertretung einzig und allein in der Person des Vertretenen ein.

Die Haftung des Vertretenen dem Dritten gegenüber gestaltet sich infolgedessen auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung — um das Ergebnis kurz zusammenzufassen — folgendermassen:

Nach dem alt-römischen Prinzip blieb der Vertretene von jeder Haftung dem Dritten gegenüber frei; die ad-

[1]) Brünell, Gehören die actiones . . . , S 35.
[2]) vgl. Buchka, Stellvertretung, S. 145.
[3]) Elsässer, Ueber die institorische Klage, § 5.

jektizischen Klagen schufen seine solidarische Haftung, nach modernen Grundsätzen haftet der Vertretene dem Dritten unter der Voraussetzung, dass er seinen Vertreter zum Handeln bevollmächtigt hat, und dass dieser auch in seinem Namen handelt.

Die Haftung des Geschäftsherrn mit der actio institoria[1].

I. nach römischen Recht.

§ 2.

Die Grundlagen der Haftung.

Nach der Lehre der herrschenden Ansicht, zu deren Vertretern u. a. Windscheid[2]), Buchka, Kritz, Mitteis zählen, gehören zu den Voraussetzungen einer Haftung des Herrn mit der actio institoria:

1. die praepositio,
2. der materielle Zusammenhang des vom institor abgeschlossenen Vertrages mit seinem Geschäftsbereich,
3. die ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf den Geschäftsherrn.

Was das letzte Erfordernis, die formelle Bezugnahme betrifft, so ist gerade dies in der neueren Zeit Gegenstand heftiger Angriffe[3]) geworden, von Angriffen, bei denen ebenso wie bei der Verteidigung der herrschenden Lehre immer wieder neue Punkte herangeholt wurden,

---

[1]) Der vorliegenden Abhandlung ist im wesentlichen die actio institoria zu Grunde gelegt

[2]) Windscheid, Pandekten, § 482, Buchka, Stellvertretung, § 5, Kritz, Pandektenrecht, S. 301, Mitteis, Stellvertretung, S. 26.

[3]) Schlossmann, das Kontrahieren mit offener Vollmacht. Mandry, in Krit. Viert.-Jahr.-Schr. Bd. 14, S. 395 ff. Elsässer, a. a. O. S. 17 ff.

und bei denen immer noch das zutrifft, was Mitteis[1]) über die Notwendigkeit dieser formellen Bezugnahme sagt: „Hätte das römische Recht Stellvertretung anerkannt, so wäre der Geschäftsherr aus den Handlungen des institor oder magister in allen Fällen verpflichtet worden, wo in einer für den Dritten erkennbaren Weise in seinem Namen gehandelt war. In allen Fällen also, wo der dritte Kontrahent, sei es ausdrücklich oder stillschweigend den Kredit des dominus seinem Kontrakt zu Grunde gelegt hätte, wäre für jenen auch wirklich die Verpflichtung eingetreten. Es hätte daher die Einführung dieser adjektizischen Klagen nur den Sinn haben können, dem dritten Kontrahenten den Kredit des Prinzipals auch dann zu Gute kommen zu lassen, wenn er auf denselben garnicht reflektiert hatte. Dass aber eine derartige Fürsorge für den Dritten legislativ gegründet ist, das wird wohl kaum jemand zu behaupten wagen. Die modernen Gesetzgebungen z. B. lassen sich am Prinzip der direkten Stellvertretung vollkommen genügen, ohne eine objektive Haftung des Prinzipals für alles, was im Interesse seines Geschäftes geschehen ist, zu statuieren, und dass dieser Rechtszustand ein innerlich vollkommen berechtigter ist, und der Dritte, der von der Existenz eines Prinzipals beim Kontraktsabschluss vielleicht garnichts gewusst hat, diesen nicht nachträglich aus objektiven Gründen in Anspruch nehmen kann, ist neuerlich von Jhering so treffend dargetan worden, dass hierüber weiter kein Wort zu verlieren ist. Dass aber das römische Recht hierin eine andere Auffassung gehabt hätte, ist durch nichts erwiesen und aus inneren Gründen äusserst unwahrscheinlich".

Soviel des Geistvollen insbesondere die Schlossmann'schen Ausführungen bergen mögen, so ist damit noch nicht die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre bewiesen, an ihr daher, die in den Erfordernissen des

---

[1]) Mitteis, Stellvertretung, S. 27.

Verkehrs auch heute noch die weitaus beste Begründung findet, festzuhalten.

Eine weitere Voraussetzung der Haftung des Geschäftsherrn dem Dritten gegenüber ist eine Bevollmächtigung, eine praepositio, seines Vertreters. Denn erst durch eine solche praepositio seitens eines Geschäftsherrn wird jemand zum institor. Diese praepositio ist, wie Buchka[1]) ausführt, eine einfache, einseitige Erklärung des Willens an den Geschäftsführer, durch die jemand zum Betriebe eines bestimmten Geschäftskreises ermächtigt wird. Dass diese Erklärung in bestimmter Form erteilt wird, ist nicht erforderlich; vielmehr genügt jede formlose Handlung dazu, sofern nur aus ihr auf diesen Willen des Geschäftsherrn geschlossen werden kann.

Von grossem Interesse für diese Frage nach der Bedeutung einer solchen „stillschweigenden Bevollmächtigung" ist die

l. 8. D. 14. 5. Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis; is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat, eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset; cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse, idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro alio suscipit debitum; non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem. nec videtur hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.

Ein institor ist mit dem Abschluss von Geschäften bestimmter Art betraut. Gewohnheitsmässig und mit Wissen des Herrn betreibt er auch noch Geschäfte anderer

[1]) Buchka, a. a. O., S. 39.

Art. Dem Dritten gegenüber, der solche Geschäfte letzterer Art mit dem institor abgeschlossen hat, ist nun der Herr mit der actio institoria verhaftet, weil darin, dass er Geschäfte solcherlei Art in dem Betriebe seines Institors duldete, eine Bevollmächtigung zu ihnen gesehen wurde.

Soll durch den von dem Institor eingegangenen Vertrag nun eine Haftung des Geschäftsherrn zur Entstehung gelangen, so muss er zu dem dem Institor eingeräumten Geschäftsbereich gehören, ist also die Vertretungsmacht des Institors durch eine sogen. lex praepositionis näher umschrieben, so dürfen die vom Institor geführten Geschäfte nicht ein durch die lex praepositionis ausgeschlossenes Gebiet berühren.

Die Begrenzung des Geschäftskreises braucht aber, ebenso wie die Erteilung selbst der Vollmacht, nicht expressis verbis zu erfolgen; eine solche alles gewollte umfassende Begrenzung muss ja schon bei einem nur einigermassen entwickelten Geschäftsverkehr als Unmöglichkeit erscheinen. Vielmehr wird auch der Umfang des Geschäftsbetriebes, wie er tatsächlich mit Wissen des Geschäftsherrn vor sich geht, als die von diesem gewollte Begrenzung angesehen [1]).

1. 1 § 5 D. 14. 1. . . . . si scit et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur.

Dem Einwande, dass diese Stelle etwa nur für die actio exercitoria gelte, möge entgegengesetzt werden, dass das Prinzip der beiden Klagen durchaus das gleiche ist, dass die exercitoria nur ein spezieller Fall der institoria ist, wie ja die römischen Juristen sich zur Rechtfertigung der actio institoria auf die Analogie der actio exercitoria und zur Rechtfertigung der letzteren auf die Analogie der ersteren berufen [2]). War durch eine solche tatsächliche mit dem Wissen des Geschäftsherrn erfolgte

[1]) vgl. Schlossmann, Kontrahieren mit off. Vollmacht, S. 234.

[2]) Buchka, a. a O. S. 38. Thöl, Handelsrecht, Bd. I, S 180. Baron, die adjektizischen Klagen, S 215.

Erweiterung des Geschäftskreises eine Erweiterung der Bevollmächtigung erfolgt, und wollte der Geschäftsherr eine daraus entspringende Erweiterung seiner Haftung dritten gegenüber vermeiden, so musste er eine ausdrückliche protestatio erlassen (D. 14. 3. l. 11. § 2—4), da in einem solchen Falle ein unbefangener Dritter die Kontraktsbefugnis eines solchen Institors sicher annehmen durfte „Ist keine proscriptio erfolgt, und müssen unbefangene Dritte die Kontraktsbefugnis erwarten, sa haftet der Geschäftsherr: Ceterum qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione[1]). Der gute Glaube des dritten wird geschützt. „Hat der Dritte von der nicht kundgemachten Vollmachtseinschränkung keine Kenntnis, und wird er auch nicht durch die offene Vollmachtserklärung auf die neben ihr bestehenden Instruktionen hingewiesen, dann darf er sich auf den Inhalt der äusseren Vollmachtskundgebung verlassen. Es kann ihm im allgemeinen nicht zugemutet werden, nachzuforschen, ob nicht etwa die allgemein lautende Vollmacht hinter seinem Rücken durch interne Erklärungen an den Bevollmächtigten beschränkt worden ist, vielmehr ist er berechtigt a priori anzunehmen, dass die Vollmacht jenen Umfang besitze, den der Prinzipal ihm selbst zu erkennen gegeben hat“ [2]).

Diese Bevollmächtigung reicht für sich allein aus, eine Haftung des Herrn dem Dritten gegenüber herbeizuführen; ob sich der Dritte nach dieser Vollmacht erkundigt hat, wie es Thöl[3]) fordert, ist gleichgiltig. Ist die Vollmacht einmal erteilt, so haftet, ob die Erteilung nun ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt ist, der Geschäftsherr dem Dritten.

§ 3.
Die Haftung selbst.

Die sozialen Zustände Roms, wie sie zur Zeit der Ausbildung der adjektizischen Klagen bestanden, hatten

---

[1]) Kleineidam, die Haftung des Geschäftsherrn . . . S 5.
[2]) Hupka, Vollmacht, S. 222.
[3]) Thöl, Handelsrecht, § 65.

es mit sich gebracht, dass der Institor, der im fremden Namen und Interesse tätig war, in den weitaus meisten Fällen ein Sklave war. Ob nun eine solche Sklavenqualität des Institors vorliegt, ist in jedem einzelnen Falle von Wichtigkeit, weil der Geschäftsherr bei gewissen Geschäften seines Institors dem Dritten verhaftet wird, bei anderen aber nicht.

Trotzdem ein Sklave nach römischer Anschauung rechtsunfähig ist, fehlt ihm nicht gleichmässig die Handlungsfähigkeit. Dies geht schon quellenmässig daraus hervor, dass er häufig als „persona", d. h. als ein wenigstens in gewissem Sinne handlungsfähiges Subjekt bezeichnet wird [1]). Diese Handlungsfähigkeit ging soweit, dass den Sklaven fast allgemein die Fähigkeit zugesprochen wurde, durch Rechtsgeschäfte Obligationen zu begründen [2]). Dies lag daran, dass wenigstens in der späteren Entwicklung die Geschäfte des täglichen Lebens zum grössten Teil durch Sklaven abgewickelt wurden, wie es ja zur Kaiserszeit für den vornehmen Römer direkt als unschicklich galt, sich in solcherlei Geschäfte selbst einzumischen [3]). Aus derart abgeschlossenen Geschäften wurden Sklaven naturgemäss nicht civiliter, sondern nur naturaliter berechtigt, wie ja auch eine obligatio civilis ihrerseits nicht bestand.

l. 14 D. 44. 7: ex contractibus civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant.

Diese Regel gilt jedoch nicht für Obligationen aller Art. In bestimmten Fällen gelten Rechtsgeschäfte, die an sich eine Obligation zu begründen vermögen, nicht als causa für eine obligatio naturalis [4]): In vier Fällen, bei der Interzession, dem Kompromiss, der Eidesdelation und

[1]) Savigny, System, Bd. II, § 65.

[2]) Schwanert, Naturalobligationen, § 15; Pernice, Labeo, Bd I S. 120.

[3]) Klingmüller, Naturale Verbindlichkeiten S 6 ff

[4]) Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts S. 709. Girard, Geschichte und System des röm. Rechts, Bd. II, S. 694—698.

der Kondenmation, entsteht überhaupt keine, also nicht einmal eine naturale Obligation, wenn der Sklave selbstständig, nicht ex causa peculiari oder ohne sonstige Bewilligung seines Herrn handelt. Ein jedes dieser Geschäfte, das unter Innehaltung obiger Forderungen vorgenommen ist, hat Giltigkeit, jedes diesen Bedingungen nicht genügende aber erzeugt nicht einmal eine naturalis obligatio, ist nichtig.

l. 19 (20) D. 46. 1: servus inscio domino pro quodam fideiusserat et eo nomine solverat; quaerebatur, dominus possetne ab eo, cui soluta esset, repetere. respondit, interest quo nomine fideiusserit; nam si ex causa peculiari fideiussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica causa solverit, vindicabitur. Si vero extra causam peculii fideiusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aeque vindicabitur, quod ex peculio condici poterit.

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, dass der Herr für eine Interzession seines servus institor haftet, wenn sie mit seinem Willen geschehen ist. Mag die Zahlung direkt aus dem Vermögen des Herrn, also des Vertretenen, mag sie aus einem etwa von diesem eingeräumten peculium erfolgt sein, in jedem Falle ist der Dritte gegen einen Rückforderungsanspruch des Herrn geschützt. Anders aber, wenn der servus institor die Interzession inscio domino bezw. extra causam peculiarem vorgenommen hat. In diesem Falle ist sie nichtig, der Institor wird nicht einmal naturaliter verpflichtet, und mangels einer solchen Verpflichtung tritt eine Verbindlichkeit des von ihm Vertretenen gegenüber dem Dritten überhaupt nicht ein.

l. 3. J. 3. 29: . . . . prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est.

Gelte hier der allgemeine Satz von der Fähigkeit der Sklaven naturaliter verpflichtet zu werden, so müsste in demselben Augenblicke, wo die novandi causa abge-

schlossene Stipulation ihre wenigstens naturaliter verpflichtende Wirkung ausübt, der Schuldner befreit werden, und die Haftung des Herrn dem Dritten gegenüber eintreten. Auch hier wird aber der Herr geschützt, wenn die expromissio von dem Sklaven in Ueberschreitung der ihm eingeräumten Befugnisse vorgenommen ist.

l. 30 § 1 D. 2. 14: qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est, si iustam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantandem pecuniam Titio debuit; quodsi quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quominus a Titio petat; aeque nullo modo prohibere eum debere, si eum servum liberum esse credidisset.

Hat der Sklave eine iusta causa zur expromissio, so haftet der Herr dem Dritten, fehlt dagegen diese causa, so tritt eine solche Haftung nicht ein. Cujacius[1]) führt diese verschiedene Behandlung der naturalen Verpflichtungsfähigkeit auf einen Streit zwischen Prokulianern und Sabianern zurück, in dem die Ansicht der letzteren schliesslich den Sieg davon trug: in den vier oben genannten Fällen wird überhaupt die Entstehung einer naturalen Verbindlichkeit geleugnet; die Prokulianer dagegen liessen auch hier eine naturalis obligatio des vertretenden Sklaven und eine daraus entspringende Haftung des Herrn dem Dritten gegenüber zu (Proculiani ex iis etiam causis servum naturaliter obligari censebant et in dominum . . . . de peculio actionem dabant; . . . . Sabiniani . . . ., si servus intervenerit, si compromisserit, si iudicio condemnatus fuerit, si actori in iudicio iusiurandum detulerit, obligationem naturalem, quae tamen subesse videtur, non agnoverunt).

[1]) Cujacius, Observationes VIII, cap. II.

Die innere Begründung hierfür liegt wohl darin, dass man in der Einräumung eines peculium oder in der Anstellung als Institor eine Anerkennung aller derjenigen Handlungen des Vertreters seitens des Vertretenen sah, die in den Kreis der erteilten Bevollmächtigung fielen.

Um das Ergebnis noch einmal zusammenzufassen: Haftet der servus institor naturaliter, so ist der Dritte dem Herrn gegenüber geschützt, indem sich nun sein Anspruch gegen diesen richtet; liegt aber, wie in den oben angeführten vier Fällen nicht einmal eine naturalis obligatio vor, so tritt dieser Schutz nicht ein.

Alle diese Bedenken fallen weg, wenn der institor kein Sklave sondern ein Freier ist. Fällt hier das von dem Vertreter im Namen seines Geschäftsherrn vorgenommene Geschäft in den Kreis seiner Vollmacht, so ist der Herr ohne Ausnahme dem Dritten gegenüber verhaftet, mag das Handeln des Vertreters auf ausdrücklich erteilter oder stillschweigender Vollmacht beruhen.

II. Nach dem B.G.B.

§ 4.

Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung als Ersatz der actio institoria.

Die adjektizischen Klagen mit ihrer Solidarhaftung des Vertretenen und des Vertreters sind im modernen Recht in Wegfall gekommen. Sollen der römischen actio institoria entsprechende Verhältnisse nach dem B.G.B., das im Gegensatz zum römischen Recht die unmittelbare Vertretung ausdrücklich anerkennt, beurteilt werden, so werden zwei Möglichkeiten auseinander gehalten werden müssen: entweder ist der Vertreter vom Geschäftsherrn angestellt worden, um den ihm zugewiesenen Geschäftsbereich im Namen des Herrn zu verwalten (unmittelbare Stellvertretung), oder aber um im eigenen Namen für ihn tätig zu werden (mittelbare Stellvertretung). Diese Möglich-

keiten werden dem folgenden zu Grunde gelegt werden müssen, wenngleich der Unterschied zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Stellvertretung, wie er in dem oben angedeuteten Sinne dem B.G.B. zu Grunde liegt, und wie er von der herrschenden Lehre entwickelt wird, nicht unangefochten geblieben ist. Jedoch können die dagegen angeführten Gründe[1]) („es sei falsch, nach dem Willen des Vertreters und nach dessen äusserem Auftreten zu unterscheiden, ob die Wirkungen den Vertreter oder den Vertretenen treffen; dies ergebe sich lediglich nach dem objektiven Recht“,) durch die Ausführungen Hupkas und Rümelins[2]) wohl zur Genüge als widerlegt gelten. Sie mögen wie die unten S. 37 erwähnten Sätze Müller-Erzbachs manchen beachtenswerten Vorschlag bergen, auf dem Boden des positiven, im B.G.B. zum Ausdruck gelangenden Rechts stehen sie jedoch nicht.

§ 5.

Die Haftung bei unmittelbarer Vertretung.

Vertretung im Sinne des B.G.B. ist nur dasjenige rechtsgeschäftliche Handeln für einen andern, das seine Wirkung unmittelbar in der Person des Andern eintreten lässt[3]).

Voraussetzung des Eintritts dieser Wirkungen ist:

1. dass der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt hat,
2. dass der Vertreter das Geschäft im Namen seines Herrn abschliesst.

Die Vertretungsmacht des Vertreters beruht entweder auf einer Gesetzesvorschrift, oder aber sie ist durch

---

[1]) Schlossmann, Stellvertretung, Bd. I, § 13

[2]) Hupka, Vollmacht, S 25 ff.; Rümelin, im ziv. Arch. Bd. 93, S. 134 ff.

[3]) Endemann, bürg. Recht, § 80 Neumann, Handausgabe des B.G.B. S. 152. Eck, Vorträge, Bd I S. 177.

Rechtsgeschäft erteilt und beruht also auf der Vollmacht des vom Vertretenen frei gewählten, gewillkürten Vertreters. Vollmacht bedeutet nach dem B G.B. also diejenige Vertretungsmacht, die ihren Ursprung nicht im Gesetz oder öffentlicher Bestallung sondern in der Willkür einer anderen Person hat. Den Ausführungen Hölders[1]), der unter Vollmacht auch die gesetzliche Vertretung verstanden wissen will, ist im Hinblicke auf die Entstehungsunterschiede der gesetzlichen und gewillkürten Vertretungsbefugnisse nicht beizupflichten[2]). Der Gebrauch des Wortes Vertretungsmacht im B.G.B. bedeutet entschieden einen Fortschritt gegenüber dem von Hölder vertretenen Standpunkt[3]) Diese rechtsaktliche Vertretungsmacht oder Vollmacht „ist eine Erklärung . . ., in der einem andern das Recht zuerteilt wird, über den Herrschaftskreis des Vollmachtsgebers statt dessen zu verfügen"[4]).

Die Vollmacht ist nach der heute herrschenden Meinung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung[5]); dies ist schon von der gemeinrechtlichen Doktrin mit Ausnahme von Laband[6]) anerkannt worden, der mit seiner Auffassung der Bevollmächtigung als eines Konsensualvertrages allerdings allein geblieben ist.

In einer anderen Beziehung aber haben Laband's[7]) Untersuchungen allgemeine Anerkennung gefunden: sein Verdienst ist es nämlich, die begriffliche Trennung der

---

[1]) Hölder, im Arch f. ziv. Prax, Bd 73, S. 116.

[2]) Regelsberger, Pandekten, Bd I § 163; Mitteis, Stellvertretung, S. 184; Hellmann, Stellvertretung, S. 96

[3]) Mommsen, zur Lehre v. d. rechtl. Natur.

[4]) Leonhard, Allgem. Teil, S. 313 ff

[5]) Leonhard, a. a O. S. 315; Hellmann, a. a O. S. 109 ff.

[6]) Laband, in Goldschmidt's Zeitschrift Bd 10, S. 208; vgl. auch v Canstein in Busch's Archiv Bd. 21, S 2-3; R.G.Z. Bd. 11, S. 370.

[7]) Laband, a. a. O. S. 203 ff.

nach aussen gerichteten Vertretungsmacht und des dieser zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses des Vertreters zum Vertretenen scharf erkannt, und als erster diesen Unterschied klar ausgesprochen zu haben: „ . . . . Es ergibt sich, dass es Mandate ohne Vollmacht, Vollmachten ohne Mandate gibt, dass endlich Vollmacht und Mandat auch zusammenfallen und völlig kongruent sein können. Sonach ist eine scharfe Trennung dieser beiden Begriffe eine juristische Notwendigkeit. Es sind zwei ganz verschiedene Rechtsgeschäfte, die andere Voraussetzungen, einen anderen Inhalt und andere Wirkungen haben“ [1]).

Ein unzweifelhafter Fortschritt des B.G.B. dem bisherigen Rechtszustande gegenüber ist es, dass es die in der bisherigen Doktrin und auch in der Gesetzgebung, z. B. im preussischen allgemeinen Landrecht (§ 5 A.L.R I. 13) herrschende Unklarheit über diesen Begriff beseitigt hat und der neueren Doktrin, welche die Vollmacht und das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen scharf auseinander hält, gefolgt ist [2]).

Das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen kann verschiedener Natur sein: Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag etc.; unter welchen dieser möglichen Begriffe ein römischer Institor fällt, wird sich je nach dem Tatbestande verschieden gestalten.

Lebhafter Streit herrscht darüber, ob von diesem zu Grunde liegenden Verhältnis die Vollmacht abhängig ist

---

[1]) vgl. hierzu auch Jhering i. s Jahrbüchern Bd 2. S. 131 ff; Enneccerus. bürg Recht. Bd. 1. S. 429; Oertmann. Recht d. Schuldverhältnisse, S. 392; Engelmann. bürg Recht S. 123.

[2]) Kuhlenbeck, Handkommentar, Bd. I, § 167 Anm 1; Endemann, (a. a O. § 81) sieht allerdings in der Möglichkeit des § 167, die Vollmacht gegenüber dem zu Bevollmächtigenden zu erteilen, eine abermalige Vermengung von Auftrag und Vollmacht, indem diese sog. unechte Vollmacht in keiner Weise von dem zu Grunde liegenden Auftrag zu scheiden sei.

oder nicht, ob sie abstrakter Natur ist oder kausal[1]). Am besten sind die irreführenden Ausdrücke „abstrakt" und „kausal" überhaupt zu vermeiden, und das Wesen der Vollmacht darin zu sehen, dass sie ihrem Inhalte nach von dem zu Grunde liegenden Vertrage abhängt, dass aber im Zweifel die Giltigkeit dieses Vertrages für sie keine Voraussetzung ist[2]).

Dass die Vollmacht eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung bedeutet[3]), ist schon oben bei der Ausführung des Unterschiedes von Vollmacht und Auftrag gesagt worden. Wem gegenüber aber hat diese Erklärung zu erfolgen?

Die Meinungen hierüber sind in der Doktrin äusserst geteilt: nach den einen[4]) muss die Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erfolgen, nach den anderen[5]) an den Dritten, mit dem der Stellvertreter kontrahieren soll; dass die Erklärung der Bevollmächtigung an jeden beliebigen Dritten genüge, scheint die Ansicht Karlowas zu sein, wenn er ausführt: „Gleich der Vollmacht braucht auch die Ratihabition nicht notwendig dem Vertreter oder dem Dritten, mit welchem er das Geschäft abschloss, zugegangen zu sein; es kommt nur darauf an, dass die Genehmigung in der Absicht, sich rechtlich zu binden

---

[1]) Staudinger, Kommentar, S. 530; Ennecerus Bd. I § 94; Hupka, S. 155 ff; dagegen Planck Anm 3 zu § 167; Dernburg, bürg. Recht, Bd I, 476.

[2]) Leonhard, a a. O., S. 318 ff

[3]) vgl. hierzu auch Leonhard, a. a. O., S. 315.

[4]) so z B. Zimmermann, neg. gest. S. 89; Mitteis, S. 187.

[5]) Hellwig, i d. Z. Z. P, Bd. 29, S. 520 ff., Bähr in Krit. Viert.-J.-Schr Bd. 30, S. 340 ff; Lenel in Jherings Jahrb. Bd 36, S. 14; vgl. hierzu auch Regelsberger, Pand. § 163; Hellmann, Stellvertretg., S. 113; letztere betonen zwar nur negativ, dass der als Stellvertreter Handelnde von der Vollmacht nichts wissen brauche, doch darf man wohl mit Lenel a. a. O. annehmen, dass ihre Meinung die im Text gekennzeichnete ist.

erfolgt ist“ [1]). Schliesslich ist in der Doktrin auch noch die Ansicht vertreten worden, dass die Erklärung der Bevollmächtigung mit Wirksamkeit sowohl an die als Vertreter handelnde Person als auch an den mit ihr kontrahierenden Dritten erfolgen könne [2]).

Das B.G.B. hat sich dieser letzten Ansicht angeschlossen, indem es im § 167 bestimmt: „Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll.“ Diese gesetzliche Lösung der vielumstrittenen Frage erscheint als die allein richtige. Denn gewiss wird man für gewöhnlich auf den ersten Blick geneigt sein, für die Vollmacht zu fordern, dass sie dem Bevollmächtigten, nicht nur dem dritten, zugestellt ist; dies wird auch gewöhnlich der Fall sein. Es ist aber auch der Fall zu denken, dass der Bevollmächtigte ohne Kenntnis von seiner Vollmacht im Namen eines anderen gehandelt hat; ohne Zweifel treten die gesetzlichen Folgen der unmittelbaren Vertretung ein, da er ja Vertretungsmacht hatte [3]). Aus den Worten des § 167 B.G.B. geht hervor, dass es auch genügt, wenn die Bevollmächtigung dem Bevollmächtigten gegenüber erklärt wird.

Ist nun auf Grund einer giltigen Vollmacht ein Geschäft im Namen des Vertretenen abgeschlossen worden, so tritt seine Haftung dem Dritten gegenüber ohne weiteres ein; dasselbe gilt, wenn etwa die Erklärung, für einen anderen handeln zu wollen, nicht ausdrücklich erfolgte, wenn es sich aber aus den Umständen ergab, dass sie in dessen Namen erfolgen sollte; denn dann handelte der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht und ver-

---

[1]) Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, S. 60.

[2]) Windscheid, Pandekten, § 74; Hölder, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73, S. 117; Hupka, Vollmacht, S 97; Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 47, S 209 ff., Dernburg, Allgemeine Lehren, S. 533; Müller-Meickel, das bürg. Recht, S. 169.

[3]) Lenel, a. a. O. S. 16.

pflichtete daher den Vertretenen unmittelbar. „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll" (§ 164 Abs. I B.G.B). Der mit einem Vertreter kontrahierende Dritte wird also aus einem solchem Geschäft den Herrn unmittelbar gerichtlich belangen können[1]).

Ueberschreitet aber der Vertreter den Kreis der ihm eingeräumten Vollmacht, so handelt er bezüglich solcher Geschäfte ohne Vertretungsmacht. Sein Verhältnis zu demjenigen, in dessen Namen er handelt, bestimmt sich regelmässig nach den Vorschriften über die unbeauftragte Geschäftsführung im Sinne der §§ 677 ff. B.G.B, Dies Verhältnis bleibt jedoch in den über das Handeln ohne Vertretungsmacht gegebenen Vorschriften der §§ 177—179 völlig ausser Betracht[2]). In der vorliegenden Arbeit interessiert auch nur die Frage, inwieweit der Vertretene dem Dritten gegenüber haftet.

Nach dem § 177 Abs. I B.G.B. hat es der Vertretene in der Hand, ob diese Haftung eintreten soll, wenn der Vertreter[3]) seine Befugnisse überschreitet: „Schliesst jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab". „Ob die Vertragsschliessenden (also auch der Dritte, der mit dem Vertreter kontrahierte) den Mangel der Vertretungsmacht kannten oder nicht, macht keinen Unterschied[4]). Genehmigt der Vertretene den

---

[1]) vgl. Landsberg, B.G.B. § 63 III.

[2]) Staudinger, Kommentar (1903) Bd. I, S. 432

[3]) Auch das B.G.B nennt denjenigen Vertreter, der ohne Vertretungsmacht im Namen eines andern handelt.

[4]) Endemann, a. a. O. § 82 Anm. 3.

Vertrag, so gelten die Wirkungen des Vertrags als von vornherein in der Person des Vertretenen entstanden; denn die Genehmigung wirkt nach dem B.G.B. § 184 auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Wie Leonhard[1]) bemerkt, hat dies Geschäft eine gewisse Aehnlichkeit mit den Verträgen der Minderjährigen, „bei denen gleichfalls . . . die Genehmigung des zum Vertragsabschlusse Berechtigten den Mangel heilt". Verweigert jedoch der Vertretene die Genehmigung, so kann der Dritte sich nur an den Vertreter halten.

Hiernach haftet also der Vertretene dem Dritten gegenüber für die Erfüllung des von dem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrages bei verweigerter Genehmigung nicht.

Besondere Schwierigkeiten entstehen in den im Verkehr recht häufigen Fällen, in denen auf Grund einer beschränkten Vollmacht ein bestimmter Kreis von Geschäften betrieben wird, in denen aber durch die tatsächliche, mit Wissen des Vertretenen erfolgte Geschäftsübung eine Erweiterung dieses Kreises erfolgt ist, sodass Dritte, die in dieser erweiterten Geschäftsführung auch noch eine giltige Vertretung des Vertretenen sahen, in dem Vertrauen, den letzteren als unmittelbar Verpflichteten zu erhalten, mit dem Vertreter kontrahieren. In allen diesen Fällen, in denen eine Bevollmächtigung dem Handeln des Vertreters nicht zu Grunde lag, würde das Vertrauen derer, die mit Rücksicht auf die erweiterte Geschäftsführung mit dem Vertreter kontrahierten, arg getäuscht, indem dieser ihnen allein haftete, während der Vertretene selbst von jeder Haftung Dritten gegenüber frei blieb.

Zu diesem wenig befriedigenden Resultat, zu dem die Anwendung des B G.B im Gegensatz zum römischen Recht zu führen scheint, bemerkt Biermann[2]) folgendes:

[1]) Leonhard, a. a O. S. 235.
[2]) Biermann, in d. Giessener Festgabe, S. 124.

„Allerdings haftet nach dem neuen Recht, soweit eine Ueberschreitung der Vollmacht vorliegt, dem Dritten der Vertreter. Aber auch diese Haftung ist oft eine ungenügende. Leicht kann es sein, dass der Bevollmächtigte keine Ahnung davon hat, dass er seine Vollmacht überschreitet; dann haftet er dem anderen Teil nur in Höhe des sogen. Vertragsinteresses, vgl. § 179 Abs. 2, also sehr unvollkommen. Man wird kaum in Abrede stellen können, dass das neue Recht zu weniger angemessenen und befriedigenden Ergebnissen führen wird, als das alte. Es fragt sich sogar, ob mit der Regelung des B.G.B. im praktischen Leben überhaupt auszukommen ist, und ob die Praxis nicht hin und wieder genötigt sein wird, sich über die Vorschriften des B.G.B. einfach hinwegzusetzen". Die sich aus dem Gesagten ergebende Verkehrsunsicherheit würde bei diesen im täglichen Verkehr ungemein häufigen Geschäften zu schlimmen Konsequenzen führen. Es ergibt sich hieraus die Frage, inwieweit eine solche, stillschweigende Bevollmächtigung als Grundlage für eine Haftung des Vertretenen dem Dritten gegenüber dienen kann.

Eine unmittelbare Haftung des Vertretenen tritt nur ein, „wenn der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt hat" (§ 164 Abs. 1 B.G.B.). Der nach Analogie des römischen Mandats von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz gemachte Unterschied zwischen General- und Spezialvollmacht ist in richtiger Würdigung der Verhältnisse vom B.G.B. beseitigt worden; denn diese Unterscheidung kann immer nur eine relative sein. Es wird daher nach dem B.G.B. stets eine Frage des Einzelfalles sein, welcher Umfang einer Vertretungsmacht beizulegen ist.

Es ist vermieden worden, in das B.G.B. eine Auslegungsregel dafür aufzunehmen, unter welchen Voraussetzungen etwa eine Vollmacht für stillschweigend erteilt zu erachten sei, da „zur angemessenen und gründlichen Erledigung der Frage das nicht zu erschöpfende Gebiet

der Kasuistik hätte betreten werden müssen“ [1]). Selbstverständlich aber ist trotzdem eine solche stillschweigende Bevollmächtigung leicht denkbar, ja sie wird in sehr vielen Fällen des täglichen Lebens tatsächlich Platz greifen. Die Willenserklärung, durch welche die Vollmacht erteilt wird, geschieht durch konkludente Handlungen. Der Schluss auf diese sogen. stillschweigende Bevollmächtigung wird vornehmlich dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn der Vertretene früher schon wiederholt den Handlungen seines nicht ausdrücklich bevollmächtigten Vertreters zugestimmt hatte [2]).

Weiss der Vertretene, dass der Vertreter seine Funktionen unter Ausserachtlassung der ausdrücklichen Bevollmächtigung ausübt, und belässt er ihn ohne Widerspruch in diesen Funktionen, so liegt darin das Moment, „welches über die Genehmigung des bisher Geschehenen hinaus die Ermächtigung zu gleichem Verhalten auch für die Zukunft enthält“ [3]). Der Vertreter wird damit ermächtigt, Verträge dieses umfassenderen Geschäftskreises abzuschliessen, wenn er sich eine solche Befugnis anfänglich vielleicht auch zu Unrecht angemasst hatte. Will in solchen Fällen der Vertretene eine aus dem Handeln des Vertreters für ihn entspringende Haftung vermeiden, so darf er ein solches Handeln garnicht zulassen. Und wollte er eine dem Dritten gegenüber daraus entspringende Haftung leugnen, so handelte er gegen Treu und Glauben [4]).

Wenn auch die Berücksichtigung dieser beiden Momente vom § 157 B.G.B nur für die Auslegung von Verträgen ausdrücklich vorgeschrieben ist, wenn auch die Vorschrift des § 242 B.G.B. sich nur auf die vom Schuldner zu bewirkende Leistung bezieht, so ist doch damit nicht

---

[1]) Motive, Bd. I, S. 230.

[2]) Staudinger, Kommentar, § 167 Anm. 5. Isay, Geschäftsführung nach d. B.G.B. S. 189 ff.

[3]) RGZ Bd 22, S. 77.

[4])Hupka, a. a. O., § 6II.

bestimmt, „dass jene Massstäbe — Verkehrssitte und Treu und Glauben — nur innerhalb der vom Gesetz ausdrücklich gezogenen Grenzen Geltung zu beanspruchen hätten. Es ist vielmehr umgekehrt zu sagen, dass sie überall da anzuwenden sind, wo sie nicht vom Gesetze nach seinem Wortlaut oder Zusammenhang ausgeschlossen sind. Darüber besteht denn auch kein Zweifel, dass der § 157 entsprechend auf einseitige Rechtsgeschäfte anwenden ist[1])".

Zweites Erfordernis des Eintritts der Haftung des Vertretenen dem Dritten gegenüber ist das Handeln im Namen des Vertretenen seitens des Vertreters. Wie schon bei Behandlung der Aufgabe nach römischem Recht ausgeführt, wird die Notwendigkeit der formellen Bezugnahme auf den Vertretenen von Schlossmann[2]) und anderen wohl zu Unrecht verneint. Nach ihm entscheidet nur der objektive Zusammenhang zwischen der Rechtssphäre des Vertretenen und seines Vertreters, dass dieser innerhalb des Kreises der ihm übertragenen Geschäfte tätig gewesen sei. In Konsequenz davon verwirft er auch den vom B.G.B. in § 164 Abs. I vertretenen Standpunkt, der ein Handeln im Namen des Vertretenen erfordert. Das B.G.B. hat, wie gesagt, aus Gründen der Verkehrssicherheit und in Anlehnung an die herrschende Lehre die sogen. offene Vollmacht als Voraussetzung direkter Vertretung aufgestellt: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen" (§ 164 Abs. I B.G.B.). Es muss im Interesse der Verkehrssicherheit als ein unerlässliches Erfordernis erscheinen, dass der Gegner über die Rechtsstellung des

---

[1]) Seufferts Archiv, Bd 59, S. 312; vgl. auch Planck, BGB, Bd I § 157 Anm.

[2]) Schlossmann, Kontrahieren mit offener Vollmacht; eine eingehende Widerlegung des Schlossmann'schen Standpunktes findet sich in Isay, „die Geschäftsführung nach dem B.G.B." in Fischers Abhandlungen, Bd. VI 1. S 175 ff., auf die an dieser Stelle kurz hingewiesen sei.

anderen als eines „Vertreters“ aufgeklärt werde. Es kann nicht als zulässig erscheinen, „dass er sich beliebig der Haftung im Worte entziehe, indem er nachträglich enthüllt, dass er als vorgeschobene Person für einen andern gedient habe“ [1]). Dass diese Vertretungsstellung ausdrücklich zu erkennen gegeben wird, ist nicht erforderlich; es genügt, wenn sie dem Gegner gegenüber aus den Umständen objektiv erkennbar wird.

Sind diese beiden von § 164 Absatz I B.G.B. erforderten Momente, das Handeln im fremden Namen innerhalb der Vertretungsmacht, vorhanden, so wird der Vertretene dem Dritten gegenüber unmittelbar verhaftet. Diese Haftung des Vertretenen unterscheidet sich von derjenigen des Herrn eines institor aber dadurch, dass jetzt der Vertretene der unmittelbar, allein Verpflichtete ist, während er früher als Correalschuldner an die Seite seines institor trat [2]).

§ 6.

Die Haftung bei mittelbarer Vertretung.

Es ist oben (§ 4) ausgeführt worden, dass nach dem durch die veränderten sozialen Verhältnisse bedingten Wegfall der adjektizischen Klagen mit der ihnen eigentümlichen Folgeerscheinung der Correalhaftung [3]) des Herrn und des Institors, vorbereitet durch gemeines Gewohnheitsrecht, zwei Rechtsinstitute als Ersatz der durch die adjektizischen Klagen modifizierten mittelbaren Stellvertretung des römischen Rechts in Frage kommen: die im B.G.B. in den §§ 164 ff. geregelte unmittelbare Vertretung (siehe den vorigen Paragraphen!) und die nach seinen allgemeinen Grundsätzen zu beurteilende, von ihm nicht ausdrücklich geregelte mittelbare Stellvertretung.

---

[1]) Endemann, a. a. O., S. 394.

[2]) Windscheid, Pandekten, Bd. II, S. 1108; Brinz, a. a. O., S. 209.

[3]) Leonhard, Institutionen, S. 483 Anm 2.

Die actiones adiecticiae qualitatis selbst sind dem B.G.B. durchaus fremd[1]). Die mittelbare Stellvertretung aber ist im B.G.B. überhaupt kein ausgeprägter Rechtsbegriff. Verpflichtete sich ein Institor einem Dritten gegenüber im eigenen Namen, so war dies deshalb aber trotzdem keine „mittelbare" Vertretung; denn dann hätte die Wirkung des von ihm abgeschlossenen Geschäfts erst durch einen besonderen Rechtsakt auf den Geschäftsherrn übertragen werden müssen; vielmehr trat die Haftung des Herrn aus der Verpflichtung seines Institors kraft gesetzlicher Vorschrift ein. Wenn nun auch das B.G.B. die indirekte Stellvertretung nicht ausdrücklich regelt, so wird doch die Möglichkeit der Haftung eines Geschäftsherrn einem Dritten gegenüber aus den Geschäften seines mittelbaren Vertreters hier zu untersuchen sein!

„Die sogen. mittelbare Stellvertretung, bei welcher jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber in der Absicht vornimmt, die rechtlichen Wirkungen einem andern zukommen zu lassen, ist juristisch betrachtet, kein Fall der Vertretung"[2]). Das solcher Gestalt vorgenommene Rechtsgeschäft ist ausschliesslich ein Rechtsgeschäft des im eigenen Namen Handelnden. Zur Herbeiführung des wirtschaftlichen Erfolges der Vertretung und damit einer Haftung des Vertretenen dem Dritten gegenüber bedarf es eines weiteren Rechtsgeschäftes, durch welches dann erst die Wirkungen des ersten Aktes in der Person des Vertretenen erzeugt werden. „Einen Uebergang kraft Gesetzes für diese Fälle vorzuschreiben, fehlt es an zureichenden Gründen"[3]). Liegt also ein Vertretungsverhältnis vor, in dem der Vertreter in eigenem Namen für des Vertretenen Rechnung Geschäfte abschliesst, so wird er aus solchen Geschäften allein seinem Kontrahenten

---

[1]) Windscheid, a a O., Bd. II § 484 a f.; Motive Bd. II, S. 871—873; Bd. IV, S. 730.

[2]) Müller, in der J-Z, 1906, S. 164.

[3]) Motive, Bd. I, S. 223 ff.

gegenüber verpflichtet. „Betrifft das Rechtsgeschäft die Angelegenheiten des Erklärenden, so wird regelmässig der Abschliessende bei dem Abschluss an den Tag legen, dass er nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des Erklärenden zu handeln gemeint sei, und dann haftet nach dem im heutigen Recht anerkannten Prinzip der direkten Stellvertretung der Abschliessende garnicht, und nur der Erklärende haftet; ausgeschlossen ist es jedoch nicht, dass der Abschliessende auch in eigenem Namen handele und also zunächst sich und erst durch sich den Erklärenden zum Schuldner mache: . . . . die Erklärung an den Dritten liegt in der Anstellung des Abschliessenden, in dem ihm erteilten Auftrag (actio institoria, exercitoria, quasi institoria). In diesem Falle ist, damit die actio institoria etc. überhaupt begründet sei, beim Abschluss des Rechtsgeschäfts Bezugnahme auf die Anstellung usw. erforderlich — was, wie oben ausgeführt, nicht unbestritten ist — und es ist zuzugeben, dass infolge dieser Bezugnahme regelmässig auch ein Kontrahieren im Namen des Prinzipals vorhanden sein wird; aber notwendig ist dies nicht. Wie, wenn der Angestellte usw. ausdrücklich erklärte, dass er zwar in Ausführung des ihm erteilten Auftrages, aber nichtsdestoweniger im eigenen Namen abzuschliessen gewillt sei: würde man auch in diesem Falle nicht ihn, oder umgekehrt nur ihn wollen haften lassen? Nur ihn — wo dies doch genau der Fall wäre, auf welchen die actio institoria und exercitoria berechnet sind[1])?“ Dass ein solches Handeln im eigenen und in fremdem Interesse vorkommt, ist leicht denkbar. Man denke an den Fall, dass der Geschäftsherr seinen Namen für irgend welche Geschäfte nicht hergeben, aber doch sein überflüssiges Geld in gewinnbringender Weise anlegen will.

Schliesst nun jemand einen Vertrag für fremde Rechnung aber im eigenen Namen ab, so wird er allein dem Dritten gegenüber verpflichtet. Ob der Sachverhalt dem

[1]) Windscheid, a. a. O., Bd. II, § 482.

Dritten bei dem Geschäftsabschluss bekannt ist oder nicht, ist gleichgiltig[1]): „Mit demjenigen, für dessen Rechnung das Geschäft geschlossen wird, steht der andere Kontrahent in gar keinem juristischen Nexus; weiss er, dass sein Mitkontrahent für Rechnung eines Dritten kontrahiert, so ist das eine ganz unerhebliche Kenntnis des Motivs, welches den Mitkontrahenten beim Vertragsabschlusse leitet. Will er sich an den Dritten halten, und soll der Dritte ihm gegenüber berechtigt werden, so steht heutzutage der Weg wirklicher Stellvertretung frei; in diesem Falle kann und muss der Vertrag im Namen des Dritten abgeschlossen werden. Haben dies die Parteien nicht getan, so haben sie diese Rechtswirkung nicht gewollt, und diese Rechtswirkung tritt darum in diesem Falle auch nicht ein. Daher sind heut die actiones utiles des Mandanten usw., die auf fingierter Zession beruhen, und die actiones quasi institoriae unpraktisch, sie sind völlig antiquiert. Denn entweder ist der Vertrag im Namen des Dritten abgeschlossen, dann gilt er als primitiver Kontrahent und ist aktiv und passiv das eigentliche Subjekt der Kontraktsklagen; oder der Vertrag ist nicht in seinem Namen abgeschlossen, dann hat er die Kontraksklage auch nicht als utilis und kann mit ihr quasi-institorisch nicht belangt werden, wenngleich der Kontrahent beim Vertragsabschluss erklärt hat, dass er das Geschäft für Rechnung eines Dritten schlösse[2])".

Das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen kann auch hier in verschiedenster Weise gestaltet sein: Dienstvertrag, Auftrag usw.! Gleichgiltig für den Dritten ist es auch, ob der Vertreter sich an die ihm vom Vertretenen erteilten Instruktionen hält, oder ob er sie überschreitet. In jedem Falle haftet der Vertreter, und nur der Vertreter, dem Dritten für die Erfüllung des zwischen

---

[1]) Leonhard, Allgem. Teil, S. 302.

[2]) Laband, in d. Z. f. H. R., Bd. 10, S. 197; vgl hierzu auch Wächter, Württembergisches Privatrecht, Bd. 2, S. 697.

diesem und ihm abgeschlossenen Vertrages. Der Vertretene dagegen tritt in gar keine rechtlichen Beziehungen zu dem Dritten: eine gegen ihn angestrengte Klage müsste also wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen werden.

In neuerer Zeit ist die hier dargelegte auf den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. beruhende Lehre von Müller-Erzbach[1]) scharf angegriffen worden. Die Ergebnisse, zu denen er gelangt, und die im wesentlichen auf eine Annäherung der mittelbaren an die unmittelbare Vertretung hinzielen (er fordert u. a. die analoge Anwendung der Grundsätze des § 166 B.G.B.), beruhen aber nicht auf dem Boden des Gesetzes; sie bieten vielleicht beachtenswerte Vorschläge für eine künftige Neuregelung, auf eine Verwertung als positives Recht können sie jedoch nicht rechnen. Nach dem Rechtszustande, wie er nach dem B.G.B. besteht, wird, wie oben ausgeführt, im Falle mittelbarer Vertretung der Dritte mit einer Klage gegen den Vertretenen abgewiesen werden müssen, wenn diese Entscheidung auch mitunter nicht als „aus der Interessenlage hervorgehend“ wird angesehen werden können.

Allzu grossen Härten hierbei vorzubeugen, genügen die allgemeinen Grundsätze des B.G.B., das „als Ganzes nicht arm ist an Mitteln, um den Bedürfnissen des Lebens oder dem Verkehrsintereresse, manchmal allerdings nur mittelbar und auf Umwegen, gerecht zu werden“ [2]).

Eine Haftung des Vertretenen herbeizuführen, wenn der Dritte es auch genau wusste, dass der Vertreter für fremde Rechnung, für fremdes Interesse, aber im eigenen Namen handelte, wie es auf Grund der Vorschläge Schlossmanns und Müller-Erzbachs geschehen könnte, erscheint nach dem heutigen Stande der Rechtswissenschaft somit als unmöglich und auch als den

---

[1]) Müller-Erzbach, die Grundsätze über mittelb. Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt.

[2]) Müller, in der d. J.-Z., 1906, S. 166.

Forderungen des wirtschaftlichen Lebens nicht entsprechend. „Das aber ist ja gerade", wie Richter[1]) sagt, „die Aufgabe der Rechtswissenschaft: dass sie dem Leben dienen soll!" Das objektive Handeln innerhalb des präpositionsmässigen Geschäftskreises genügt nicht, die Haftung des Vertretenen zur Entstehung gelangen zu lassen, es muss vielmehr eine Bezugnahme, ein Handeln im Namen des Herrn vorliegen.

§ 7.

Schluss.

Die actiones adiecticiae qualitatis boten den Römern einen Weg, um die Wirkungen der regelmässig nicht zugelassenen unmittelbaren Vertretung wenigstens in gewissem Masse dem Verkehr nutzbar zu machen, um eine korreale Haftung des Vertretenen neben dem Vertreter herbeizuführen. Fälle, in denen mit der actio institoria gegen einen Geschäftsherrn vorgegangen wird, werden daher, nach neuem Recht beurteilt, unter die §§ 164 ff. B.G.B. über die unmittelbare Vertretung fallen, die ja die von den Römern nur unvollkommen erreichte unmittelbare Wirkung in der Person des Vertretenen zur Folge haben. Die Möglichkeit der Schaffung einer nur mittelbaren Vertretung durch Parteiabrede ist aber dadurch nicht ausgeschlossen. Den durch die adjektizischen Klagen von den Römern bezweckten wirtschaftlichen Erfolg aber wird, wie gesagt, die direkte Stellvertretung eben am besten erreichen. Sind also auch die adjektizischen Klagen „völlig antiquiert" und zwar nach den ausdrücklichen Bestimmungen des B.G.B. in noch höherem Masse, wie nach dem gemeinen Recht[2]), wo die Frage allenfalls noch streitig sein konnte aber auch ganz überwiegend in dem oben ausgeführten Sinn beantwortet wurde, so sind

---

[1]) Richter, Rückgabeanspruch, S. 60.
[2]) Laband, a. a. O., S. 197; Brünell, a. a. O., S. 48.

doch die mit ihrer Hilfe getroffenen Entscheidungen ihrem Sinne nach auch heut noch brauchbar, indem auch durch sie die aus Gründen der Verkehrssicherheit geforderte Haftung des Vertretenen für seinen „Institor“ herbeigeführt wird.

Lebenslauf.

Am 18. Februar 1888 wurde ich, Colmar, Conrad, Georg Bauer, zu Habelschwerdt als Sohn des verstorbenen Apothekenbesitzers Valerian Bauer und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Hauck, geboren. Ich bin katholischer Konfession und preussischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte bis Ostern 1898 die Volksschule zu Breslau, sodann das Kgl. Gymnasium zu Kattowitz O/S., das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Von Ostern 1907 bis Ostern 1908 genügte ich bei dem Grenadier-Regiment König Friedrich III. (2. schles.) No. 11 in Breslau meiner Militärpflicht. Von Ostern bis Michaelis 1908 war ich in dem Handelshause Cohrs & Ammé in Hamburg tätig. Hierauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften in Breslau, wo ich am 23. November 1911 die erste juristische Staatsprüfung bestand und am 16. Februar 1912 das Rigorosum machte.

Nach meiner Ernennung zum Referendar wurde ich im Dezember 1911 dem Kgl. Amtsgericht zu Habelschwerdt zur Ausbildung überwiesen.

Für gütige Ratschläge bei Abfassung der Dissertation spreche ich Herrn Professor Dr. Schott und Herrn Professor Dr. Leonhard an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aus.